Libertés publiques 12
Maître Bernard Fau

LE PROCES EQUITABLE DANS LA JURISPRUDENCE ADMINISTRATIVE

La jurisprudence administrative a joué et continue à jouer un rôle éminent dans la procédure administrative tant en matière de compétence matérielle qu'en matière purement procédurale. Bien que les règles applicables au contentieux administratifs soient aujourd'hui pour la plupart écrites, la jurisprudence a fait appel à des principes généraux de procédure dont la plupart n'ont pas la valeur de principes généraux du droit car ils peuvent être écartés par des textes réglementaires.
De son appartenance passée à l'administration, la juridiction administrative lui a emprunté une grande partie de ses principes de procédure :
- Le caractère inquisitorial,
- La contradiction
- L'écrit
- Le secret

Son émancipation de l'administration active, c'est-à-dire le passage d'une justice retenue[1] à une justice déléguée[2] a permis à la juridiction administrative d'évoluer vers les principes qui fondent la procédure suivie devant les juridictions judiciaires.
Mais **la principale source** d'évolution **du droit processuel administratif tient à l'article 6§1 de la CEDH**, qui fonde la notion contemporaine de procès équitable ainsi que la jurisprudence de la CEDH dans ce domaine.

Le droit au procès équitable apparaît comme un véritable droit pour les justiciables qui l'invoquent souvent devant les juridictions administratives.
La CEDH ne juge d'ailleurs plus nécessaire d'exclure du bénéfice au droit au procès équitable tous les personnes liés à la détention de prérogatives de puissance publique.
CEDH 8 décembre 1999 « Pelegrin c. France » :

58. Les faits de la présente affaire posent le problème de l'applicabilité de l'article 6 § 1 aux contestations soulevées par les agents de l'État au sujet de leurs conditions de service.
63. (…) la Cour estime qu'il importe de dégager, aux fins de l'application de l'article 6 § 1, une interprétation autonome de la notion de « fonction publique » permettant d'assurer un traitement égal des agents publics occupant des fonctions équivalentes ou similaires dans les Etats parties à la Convention...
64. Dans cette perspective, **pour déterminer l'applicabilité de l'article 6 § 1 aux agents publics**, qu'ils soient titulaires ou contractuels, **la Cour estime qu'il convient d'adopter un critère fonctionnel, fondé sur la nature des fonctions et des responsabilités exercées par l'agent**. Ce faisant, il faut retenir, conformément à l'objet et au but de la Convention, une interprétation restrictive des exceptions aux garanties offertes par l'article 6 § 1.
(…) *sont seuls soustraits au champ d'application de l'article 6 § 1 de la Convention les litiges des agents publics dont l'emploi est caractéristique des activités spécifiques de l'administration publique* dans la mesure où celle-ci agit *comme détentrice de la puissance publique chargée de la sauvegarde des intérêts généraux de l'État ou des autres collectivités publiques (forces armées, police).*
67. Dès lors, la totalité des litiges opposant à l'administration des agents qui occupent des emplois impliquant une participation à l'exercice de la puissance publique échappent au champ d'application de l'article 6 § 1 puisque la Cour entend faire prévaloir un critère fonctionnel (paragraphe 64 ci-dessus). Les litiges en matière de pensions, quant à eux, relèvent tous du domaine de l'article 6 § 1, parce que, une fois admis à la retraite, l'agent a rompu le lien particulier qui l'unit à l'administration ; il se trouve dès lors, et à plus forte raison ses ayants droit se trouvent, dans une situation qui est tout à fait comparable à celle d'un salarié de droit privé : le lien spécial de confiance et de loyauté avec l'État a cessé d'exister, et l'agent ne peut plus détenir de parcelle de la souveraineté de l'État

Désormais la Cour préconise une analyse concrète pour voir les cas dans lesquels les personnels seraient susceptible d'exercer la puissance publique : la Cour choisit ainsi d'élargir le champ des garanties aux procès équitable tout en laissant aux États une marge d'appréciation.

L'existence d'une règle nationale pourrait justifier dans certaines hypothèses l'exclusion de l'article 6, dès lors que l'État serait en mesure d'en justifier le bien fondé soit en raison de la

[1] Selon le Vocabulaire juridique (G Cornu) : désigne *le régime appliqué jusqu'en 1872, dans lequel le Conseil d'Etat ne disposait en matière contentieuse que du pouvoir de proposer des décisions au chef de l'Etat.*
[2] Idem : *Régime appliqué depuis 1872 dans lequel la juridiction administrative dispose du pouvoir de rendre elle-même les décisions en matière contentieuse.*

nature de la fonction soit du fait de la nature du litige **CEDH 19 avril 2007 « Vilho Eskelinen c. Finlande »** :

> 51. (...) Il découlerait d'une application stricte de l'« approche Pellegrin » que, dans la présente affaire, l'assistante administrative bénéficie des garanties de l'article 6 § 1 alors que ce n'est assurément pas le cas pour les requérants policiers, même si le litige est identique pour l'ensemble des intéressés.
> 56. (...) la Cour estime que le critère fonctionnel adopté dans l'affaire Pellegrin doit être développé plus avant [c'est à dire qu'il doit évoluer].
> 60. *Se tournant globalement vers le droit européen,* source de précieuses indications (...)
> la *Cour[CEDH] observe que la Cour de justice [CJCE] suit elle-même une approche plus large* (...), comme l'atteste son arrêt de principe Marguerite Johnston. Dans cette affaire, déclenchée par une femme policier se prévalant de la directive 76/207 sur l'égalité de traitement entre hommes et femmes, la Cour de justice a tenu le raisonnement suivant :
> "Le contrôle juridictionnel imposé par [l'article 6 de la directive 73/207 du Conseil] est l'expression d'un principe général de droit qui se trouve à la base des traditions constitutionnelles communes aux États membres."
> 62. (...) Pour que l'État défendeur puisse devant la Cour invoquer le statut de fonctionnaire d'un requérant afin de le soustraire à la protection offerte par l'article 6, **deux conditions doivent être remplies. En premier lieu, le droit interne de l'État concerné doit avoir expressément exclu l'accès à un tribunal s'agissant du poste ou de la catégorie de salariés en question. En second lieu, cette dérogation doit reposer sur des motifs objectifs liés à l'intérêt de l'État.**
> Ainsi, [en matière de] conflits ordinaires du travail – tels ceux portant sur un salaire, une indemnité ou d'autres droits de ce type – (…) il y aura présomption que l'article 6 trouve à s'appliquer, et il appartiendra à l'État défendeur de démontrer, premièrement, que d'après le droit national un requérant fonctionnaire n'a pas le droit d'accéder à un tribunal, et, deuxièmement, que l'exclusion des droits garantis à l'article 6 est fondée s'agissant de ce fonctionnaire.

Le droit au procès équitable de l'article 6 § 1 est un droit gigogne qui contient lui même plusieurs différents éléments :

- Droit à un tribunal indépendant,
- Impartialité,
- Établissement par la loi du tribunal
- Contradiction de la procédure
- Egalité des armes
- Droits de la défense
- Publicité des débats
- Motivations des jugement
- Délai raisonnables de la procédure dans son ensemble

Le droit au procès équitable, emporte certaines exigences tant institutionnelles (I) que procédurales (II).
Ces dernières ont d'ailleurs permis au contentieux administratif de perfectionner progressivement son caractère contradictoire et de faire une part toujours plus importante à la publicité et à l'oralité des débats à l'instance.

I Exigences institutionnelles du droit au procès équitable :

Exigences postulent tout d'abord l'indépendance et l'impartialité du juge administratif.

A/ Procès équitable et indépendance du juge administratif :

L'indépendance s'oppose à ce que le juge soit subordonné à un supérieur hiérarchique. Ce dernier ne pouvant être juge et partie.
Sur cette question, les textes et la jurisprudence français ont depuis longtemps posé les principes essentiels de l'état de droit.
Pour la juridiction judiciaire, l'indépendance résulte de la constitution même, dont l'article 64 prescrit que le Président de la République est le garant de l'indépendance de l'autorité judiciaire les magistrats du siège sont inamovibles.

Pour les juridictions administratives l'indépendance et l'inamovibilité sont le fruit d'un ensemble de coutumes de règles écrites et de principes.
Par exemple, le Conseil d'État n'a forgé son indépendance et l'inamovibilité de fait de ses membres, qu'au long d'un longue histoire dont les jalons les plus marquants sont :
- La loi du 24 mai 1872 mettant fin définitivement à la justice retenue.
- La statut des membres du Conseil d'État, issu du décret de 1963
- La décision du Conseil Constitutionnel de 1980 qui fait de l'indépendance des juridictions administrative un principe fondamental reconnu par les lois de la République.

- Enfin pourrait-on dire, la décision du Conseil Constitutionnel de 1987, qui, en dégageant l'autre principe fondamental, consacre la valeur constitutionnelle de l'existence et de la compétence de la juridiction administrative.

En dehors du Conseil d'État, on peut citer le cas des tribunaux et des Cours Administrative d'Appel, dont l'indépendance et l'inamovibilité résultent de la loi du 6 janvier 1986.

Au total les juridictions administrative françaises sont structurellement indépendantes, bien que certains modes de fonctionnement posent encore problème, tels que :
- La présence du commissaire du gouvernement au délibéré.
- Une autre question a récemment été résolue : la pratique du renvoi préjudiciel au Ministre des Affaires Étrangères, concernant l'interprétation des traités et conventions internationales (si l'on excepte l'appréciation du principe de réciprocité).

S'agissant de la présence du commissaire du gouvernement au délibéré, l'arrêt de la **CEDH du 07 juin 2001 Kress** ne met pas en cause l'existence du commissaire du gouvernement ni le statut organique de celui-ci. Mais elle estime que sa participation au délibéré de la formation de jugement est contraire à l'art 6 § 1 CEDH, dès lors qu'elle donne ne fusse qu'en apparence une occasion d'appuyer ses conclusions en faveur de l'une des parties.
Cet arrêt a longtemps été interprété comme prohibant la *participation* du commissaire du gouvernement au délibéré et non son *assistance* au délibéré du jugement : on estimait que cette interdiction visait toute *participation active* de la part du commissaire du gouvernement tout en admettant la simple présence de celui-ci.

En ce qui concerne la présence du Commissaire du Gouvernement au délibéré du Conseil d'État (...)
78. Le fait qu'un membre de la formation de jugement ait exprimé en public son point de vue sur l'affaire pourrait alors être considéré comme participant à la transparence du processus décisionnel[3].
79. Toutefois, la Cour observe que cette approche ne coïncide pas avec le fait que, si le commissaire du gouvernement assiste au délibéré, il n'a pas le droit de voter. La Cour estime qu'en lui interdisant de voter, au nom de la règle du secret du délibéré, le droit interne affaiblit sensiblement la thèse du Gouvernement, selon laquelle le commissaire du gouvernement est un véritable juge, car *un juge ne saurait, sauf à se déporter, s'abstenir de voter*. Par ailleurs, il serait difficile d'admettre que des juges puissent exprimer publiquement leur opinion et que d'autres puissent seulement le faire dans le secret du délibéré.
80. En outre, en examinant ci-dessus le grief de la requérante concernant la ***non-communication préalable des conclusions du commissaire du gouvernement et l'impossibilité de lui répliquer***, la Cour a accepté que le rôle joué par le commissaire pendant la procédure administrative requière l'application de garanties procédurales en vue d'assurer le respect du principe du contradictoire. ***La raison qui a amené la Cour à conclure à la non-violation de l'article 6 § 1 sur ce point n'était pas la neutralité du commissaire du gouvernement vis-à-vis des parties mais le fait que la requérante jouissait de garanties procédurales suffisantes pour contrebalancer son pouvoir.*** La Cour estime que ce constat entre également en ligne de compte pour ce qui est du grief concernant la ***participation*** du ***commissaire du gouvernement au délibéré***.
81. Enfin, ***la théorie des apparences doit aussi entrer en jeu*** : en s'exprimant publiquement sur le rejet ou l'acceptation des moyens présentés par l'une des parties, le commissaire du gouvernement pourrait être légitimement considéré par les parties comme prenant fait et cause pour l'une d'entre elles.
Pour la Cour, un justiciable non rompu aux arcanes de la justice administrative peut assez naturellement avoir tendance à considérer comme un adversaire un commissaire du gouvernement qui se *prononce* pour le rejet de son pourvoi.
86. La Cour se trouve confortée dans cette approche par le fait qu'à la CJCE, l'avocat général, dont l'institution s'est étroitement inspirée de celle du commissaire du gouvernement, n'assiste pas aux délibérés, en vertu de l'article 27 du règlement de la CJCE.
87. En conclusion, ***il y a eu violation de l'article 6 § 1 de la Convention, du*** *fait de la* ***participation du commissaire du gouvernement au délibéré de la formation de jugement***.

Mais la **CEDH** , dans un arrêt du **12 avril 2006 Martinie c France** a ensuite jugé que le Procureur du Gouvernement ne pouvait être présent ne fusse que passivement :

48. La transmission du rapport du rapporteur au procureur, à l'exclusion notamment du comptable, est problématique, dès lors que ce rapport comporte un avis sur le fond, y compris la question du débet, et que, exclu de surcroît de l'audience, le comptable n'a, lui, pas la possibilité de s'exprimer sur l'avis du rapporteur [en l'espèce, il s'agissait d'une procédure ouverte devant la Cour des Comptes, qui met en cause ("débet") les comptables publics]
49. (...) A cet égard, le problème qui se pose tient au fait que le rapporteur a exprimé son point de vue au fond à l'audience, avant le délibéré (voir par exemple, mutatis mutandis, l'arrêt Slimane-Kaïd (no 2), précité, § 19) ; or il importe de considérer devant qui il a exprimé ce point de vue : par définition, il ne l'a pas exprimé en public, l'audience n'étant pas publique ; il l'a exprimé devant la formation de jugement dont il est membre – ce qui fait partie de la fonction de juger – et le procureur général. La question se résume donc à celle de savoir si un problème se pose sous l'angle de l'article 6 § 1 du seul fait que le rapporteur, avant de participer au délibéré, a exprimé oralement son point de vue au fond devant le procureur général. Il apparaît ainsi que, dans le contexte bien spécifique de cette procédure, cette question est liée à celle de la communication préalable du rapport au procureur général.

50. En conclusion, même s'il ne faut pas perdre de vue celles des garanties procédurales exposées par le Gouvernement dont bénéficie le comptable public dont la mise en débet est en cause, la Cour considère qu'**il y a un déséquilibre** au détriment de ce dernier, **du fait de la place du procureur dans la procédure : à la différence du comptable, ce dernier est présent à l'audience, est informé préalablement du point de vue du rapporteur, entend celui-ci** (ainsi que le contre-rapporteur) **lors de l'audience, participe pleinement aux débats, et a la possibilité d'exprimer oralement son propre point de vue sans être contredit par le comptable**(...)

[3] En ce sens d'ailleurs la pratique de la publication des opinions concordantes et dissidentes des juges de la CEDH…

La solution a depuis été rappelée par un arrêt du 10 mai 2007 à propos d'un litige sur la procédure suivie devant les chambres régionales des comptes en France.

Une parade semble avoir été trouvée concernant le Conseil d'État, par un texte réglementaire de 2006 : l'article R 733-3 Code de justice Administrative retient la solution de l'assistance du Commissaire au délibéré, à moins qu'une des parties s'y oppose explicitement par écrit.

> Article R733-3 (Créé par Décret n°2006-964 du 1 août 2006)
> Sauf demande contraire d'une partie, le commissaire du Gouvernement assiste au délibéré. Il n'y prend pas part.
> La demande prévue à l'alinéa précédent est présentée par écrit. Elle peut l'être à tout moment de la procédure avant le délibéré.

En revanche, pour les Cours et Tribunaux administratifs, la présence du Commissaire du gouvernement au délibéré est tout simplement exclue.

Le commissaire du gouvernement ne pose pas seulement un problème d'indépendance. On se pose aussi la question quant à certains aspects de son impartialité.

B / Le procès équitable et l'impartialité du juge administratif :
La principale question concernant l'impartialité du juge administratif se pose quant à la dualité des fonctions du Conseil d'Etat, de la présence de fonctionnaires au sien des juridictions spécialisées et de la participation d'un juge à plusieurs étapes d'une même affaire.

- **<u>Dualité des fonctions juridictionnelles et administratives</u>**

Le Conseil d'État mêle étroitement fonctions juridictionnelles et fonctions administrative et consultatives.
Au sein du Conseil d'État de nombreux membres siègent à la fois au sien des sections administrative et du contentieux, imbriquant des mélanges de fonctions de conseil du gouvernement et de juge.
Ce cumul étant susceptible de porter atteinte au principe d'impartialité.
La CEDH, à propos du Conseil d'État Luxembourgeois, dont le fonctionnement est inspiré du Conseil d'État Français, a jugé que le fait que 4 conseillers d'État sur 5 avaient statué sur un texte pour lequel ils avaient préalablement donné un avis, constituait un mélange des fonctions.
La Cour met ainsi en œuvre la ***théorie des apparences***, selon laquelle la seule présence de tels juges rend irrégulière la composition du tribunal dans son ensemble. Même si depuis elle exige également des éléments objectivement justifiés permettant de douter de cette impartialité. **CEDH 28 septembre 1995 Procola** :

> "44. Le seul point à trancher est celui de savoir si ledit organe remplissait les ***exigences d'impartialité requises par l'article 6 de la Convention***, *compte tenu du fait que quatre de ses cinq membres ont eu à se prononcer sur la légalité d'un règlement qu'ils avaient examiné auparavant dans le cadre de leur mission de caractère consultatif.*
> 45. La Cour constate qu'***il y a eu confusion***, dans le chef de quatre conseillers d'État, de fonctions consultatives et de fonctions juridictionnelles. Dans le cadre d'une institution telle que le Conseil d'État luxembourgeois, **le seul fait que certaines personnes exercent successivement, à propos des mêmes décisions, les deux types de fonctions est de nature à mettre en cause l'impartialité structurelle de ladite institution**. En l'espèce, Procola a pu légitimement craindre que les membres du comité du contentieux ne se sentissent liés par l'avis donné précédemment. **<u>Ce simple doute, aussi peu justifié soit-il, suffit à altérer l'impartialité du tribunal en question</u>** (...)"

On cherche ici à savoir si la jurisprudence conduirait à remettre en cause l'existence d'une juridiction administrative exerçant deux types de fonction.
On ne peut tirer de cette décisions de telles conclusions, mais on peut s'interroger.
Le Conseil d'État lui-même considère que la possibilité qu'ont les magistrats administratifs d'avoir des fonctions consultatives ne porte par en elle-même atteinte aux principes généraux d'impartialité : **Conseil d'État 5 avril 1996 Syndicat des avocats de France**.

> "Considérant qu'**aux termes de l'article R. 242** dans sa rédaction issue du décret contesté : "**Les tribunaux administratifs peuvent être appelés à donner leur avis sur les questions qui leur sont soumises par les préfets ou les hauts-commissaires**" ; qu'aux termes de l'article R. 243 dans sa rédaction issue du même décret : "Le tribunal exerce ses attributions administratives dans une formation collégiale comprenant le président de la juridiction ou le magistrat qu'il délègue à cet effet et au moins deux membres, désignés par le président de la juridiction" ; et qu'aux termes de l'article R. 244 dans sa rédaction issue dudit décret : "Lorsque la participation d'un magistrat de tribunal administratif ou de cour administrative d'appel à une commission ne rendant pas des décisions juridictionnelles est prévue par une disposition, la désignation peut porter sur un magistrat honoraire" ; que si *le syndicat requérant critique les dispositions précitées en tant qu'elles ne prévoient pas d'incompatibilités entre la participation d'un magistrat à l'activité consultative du tribunal et son activité*

contentieuse un tel moyen doit être écarté dès lors que **ces dispositions ne portent, par elles-mêmes, aucune atteinte aux principes généraux relatifs à la composition des juridictions**"

Observons qu'outre l'hypothèse simple où serait contestée une décision prise par un juge dans ses anciennes fonctions administrative actives, qui lui interdirait de siéger au contentieux, ceci empêche seulement un magistrat de prendre parti sur un dossier qu'il aurait eu à connaître à l'occasion de ses fonctions non-juridictionnelles lorsque les droits personnels du requérant risquent d'en pâtir.

Exigence particulière vis a vis de la Cour des Comptes, laquelle ne peut condamner des personnes pour gestion de fait sans manquer au respect de l'impartialité et des droits de la défense.

- **Présence de fonctionnaires dans les juridictions spécialisées :**

Compte tenu de l'art 6 § 1 et en application de la théorie des apparences de la CEDH, les règles de composition des juridictions ont été encadrées :
Une véritable reformulation des exigences, en application du principe d'impartialité, en matière de juridictions sociales. Ainsi, en vertu des principes généraux applicables à la fonction de juger, toute personne appelée à siéger au sein d'une juridiction doit se prononcer en toute indépendance et sans recevoir une instruction de quelque autorité que ce soit.
La présence de fonctionnaire ne peut par elle même être de nature à faire naitre un doute objectif sur son impartialité.
Il peut toutefois en aller différemment lorsque, sans que des garanties appropriées assurent son indépendance, un fonctionnaire soit appelé à siéger en raison de ses fonctions et que celles-ci le font participer à l'activité des services en charge des questions soumises à la juridiction.
Conseil d'État 12 février 2007 à propos de la Cour Nationale de Tarification Sociale.

"Considérant que si l'article R. 163-17[4] du code de la sécurité sociale dispose que les membres de la commission de la transparence ne peuvent prendre part ni aux délibérations ni au vote s'ils ont un intérêt direct ou indirect à l'affaire examinée, et s'il ne pose à l'égard des rapporteurs extérieurs devant la commission que l'obligation de déclarer les liens directs ou indirects qu'ils peuvent avoir avec les titulaires d'autorisation de mise sur le marché et les entreprises dont les produits sont susceptibles de faire l'objet d'un examen par la commission, ces dispositions ne font pas obstacle à ce que ***soit regardé comme entaché d'illégalité, en vertu du principe d'impartialité*** dont s'inspirent ces dispositions, ***un avis qui serait pris sur le rapport d'un expert dont les liens avec une entreprise intéressée par les résultats de l'examen par la commission***, bien que déclarés par lui, ***seraient suffisamment étroits pour être***, eu égard aux conditions et à l'objet de son étude, ***de nature à affecter objectivement son impartialité*** ; qu'il ressort des pièces du dossier que le rapporteur extérieur devant la commission de la transparence pour l'examen du service médical rendu par les spécialités Megamylase et Ribamylase au cours des séances du 7 juillet 2004 et du 13 octobre 2004 avait de nombreux intérêts, notamment financiers, au sein d'un laboratoire exploitant une spécialité concurrente des spécialités Megamylase et Ribamylase ; que les liens entretenus par le rapporteur extérieur avec ce laboratoire étaient en l'espèce de nature à affecter son impartialité ; que, dans ces conditions, les avis de la commission de la transparence concernant ces deux spécialités ont été rendus dans des conditions irrégulières ; que, par suite, les articles 1er des deux arrêtés litigieux sont entachés d'illégalité en ce qu'ils prononcent la radiation des deux spécialités mentionnées ci-dessus ; que, dès lors, ces arrêtés doivent être annulés en tant qu'ils concernent ces deux spécialités"

- **Participation d'un juge à plusieurs formations sur une même affaire :**

La question révèle un nouvel aspect extrêmement important pour fonctionnement des tribunaux administratifs :
Dans quelles conditions le juge qui a participé à l'édiction d'une première décision peut-il ensuite être amené à siéger dans une autre formation statuant sur la même affaire ?
La Cour administrative d'Appel de Bordeaux avait jugé que le juge des référés ne pouvait faire partie de la juridiction qui statuait ensuite au fond sur l'affaire.
Cette solution pouvait être contestée en droit, car **l'objet de la demande**, - *la suspension provisoire* d'un côté, *l'annulation* de l'autre -, **n'est pas identique**.

4 Et notamment les alinéas 3, 4, 5 et 6:
"Son président peut faire appel à des rapporteurs extérieurs à la commission.
Un rapporteur ou un expert intervenant dans l'examen d'un médicament devant la commission mentionnée à l'article R. 5140 du code de la santé publique ne peut intervenir comme expert représentant de l'entreprise exploitant le médicament pour l'examen du même médicament devant la commission mentionnée à l'article R. 163-15.
Les membres de la commission, les personnes des services accompagnant les membres de droit et les rapporteurs doivent adresser au président du collège de la Haute Autorité de santé une *déclaration mentionnant les liens directs ou indirects qu'ils peuvent avoir avec les titulaires d'autorisation de mise sur le marché* et les entreprises dont les produits sont susceptibles de faire l'objet d'un examen par la commission, ainsi qu'avec les organismes professionnels ou les sociétés de conseil intervenant dans le secteur pharmaceutique. Ils s'engagent à signaler toute modification concernant ces liens. Ces déclarations sont publiées au Bulletin officiel du ministère chargé de la sécurité sociale.
Les membres de la commission ne peuvent prendre part ni aux délibérations ni au vote s'ils ont un *intérêt direct ou indirect* à l'affaire examinée."

Et la décision en référé ne présume pas de la décision au fond, l'examen ne se faisant pas dans les mêmes conditions.
Pratiquement le Président du tribunal siégeant en référé, ne pourrait plus statuer au fond, or c'est un cas fréquent.
Pour toutes ces raisons le Conseil d'État a jugé que, compte tenu des termes mêmes de l'Ordonnance, le juge qui aurait *préjugé au-delà même de l'objet du litige*, le juge des référés peut être membre de la juridiction statuant au fond, car il statue de manière provisoire…
Conseil d'État Avis 12 mai 2004 Commune de Rogerville.

" Eu égard à la nature de l'office ainsi attribué au juge des référés - et sous réserve du cas où il apparaîtrait, compte tenu notamment des termes mêmes de l'ordonnance, qu'allant au-delà de ce qu'implique nécessairement cet office, il aurait préjugé l'issue du litige -la seule circonstance qu'un magistrat a statué sur une demande tendant à la suspension de l'exécution d'une décision administrative n'est pas, par elle-même, de nature à faire obstacle à ce qu'il se prononce ultérieurement sur la requête en qualité de juge du principal.
Il est toujours loisible à ce magistrat de s'abstenir de participer au jugement de la requête en annulation ou en réformation s'il estime en conscience devoir se déporter."

Subtil compromis trouvé qui préserve le rôle du juge des référés et garantit le respect du principe d'impartialité dans le cas ou il serait réellement mis en cause.

Cette solution ne s'applique pas au référé provision **CAA Marseille 9 mars 2006 3ème chambre**, pourrait être source de difficultés : pour déterminer si le juge n'a pas dépassé son office il faudra examiner soigneusement les termes de son Ordonnance :

"Considérant qu'aux termes de l'article R. 541-1 du code de justice administrative : «Le juge des référés peut, même en l'absence d'une demande au fond, accorder une provision au créancier qui l'a saisi lorsque l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable. Il peut, même d'office, subordonner le versement de la provision à la constitution d'une garantie.»
Considérant enfin, qu'il résulte de l'instruction et notamment du rapport de l'expertise diligentée devant le Tribunal administratif de Nice et menée conjointement par des spécialistes en néphrologie et en urologie, que le décès de Mme X... trouve sa cause directe dans une infection nosocomiale contractée soit à la suite de la première intervention chirurgicale réalisée le 31 octobre 2001 soit lors de la reprise chirurgicale du 1er novembre 2001 dans les services du centre hospitalier de Nice ; que, par suite, l'OFFICE NATIONAL D'INDEMNISATION DES ACCIDENTS MEDICAUX n'est pas fondé à soutenir que son obligation vis-à-vis de M.M Alexandre et Arnaud A... est sérieusement contestable ;"

Le même magistrat peut même sans méconnaitre le principe d'impartialité se prononcer sur une nouvelle demande de suspension de la même décision, sous réserve de ne pas indiquer par avance la solution. CE 2 Novembre 2005 M et Mme Fayant
De façon comparable le magistrat ayant statué sur une demande à l'aide juridictionnelle peut ensuite statuer en temps que juge des référés, sur la requête pour laquelle l'aide juridictionnelle avait été sollicitée. Sauf si dans sa décision relative à l'aide juridictionnelle il aurait préjugé de l'issue du litige. CE Section 12 mai 2004 Hakkar
Continuité de cette jurisprudence, le Conseil d'État juge que le principe d'impartialité ne s'oppose pas à ce qu'un tribunal administratif auquel une CAA a renvoyé une affaire après annulation d'un jugement pour irrégularité statue à nouveau sur cette même affaire.
CE Sec 11 février.2005 Commune de Meudon :

"Considérant qu'en l'absence de dispositions législatives ou réglementaires fixant les conditions dans lesquelles il doit être statué après l'annulation d'une décision de justice, ni le devoir d'impartialité qui s'impose à toute juridiction, qui est rappelé par l'article 6, paragraphe 1, de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ni aucune autre règle générale de procédure ne s'oppose à ce que les juges dont une décision a été annulée délibèrent à nouveau sur l'affaire en la même qualité ; qu'ainsi, la circonstance que le jugement du 1er juillet 2002 a été rendu par les mêmes magistrats du tribunal administratif de Paris que ceux qui avaient siégé lors du prononcé du jugement du 3 juillet 2001 n'est pas de nature à entacher ce jugement d'irrégularité"

II / Exigences procédurales du procès équitable

Ces exigences imposent la confrontation de la procédure administrative au temps ainsi qu'au respect de certains principes de jugement.

A/ La procédure administrative confrontée au temps :

L**a durée d'un procès administratif** doit s'inscrire dans un délai raisonnable.
Pour cela la CEDH se livre à une appréciation à la foi globale et concrète de l'affaire prenant en compte l'exercice des voies de recours, la complexité de l'affaire et le comportement des parties.

A ce titre, la CEDH estime qu'une durée globale de 9 ans dont plus de 5 devant le seul Tribunal Administratif méconnait l'art 6 par 1 de la CEDH.
Ou encore, une opération de remembrement, dont la complexité n'est pas contestée, ne saurait à elle seule justifier plus de 17 ans pour statuer dont 10 pour le seul Conseil d'État

CEDH 10 février 2004 Coudrier c. France

31. **La Cour rappelle que le caractère raisonnable de la durée d'une procédure s'apprécie suivant les circonstances de la cause et eu égard aux critères consacrés par la jurisprudence, en particulier la complexité de l'affaire et le comportement du requérant ainsi que celui des autorités compétentes**(...)
32. En l'espèce, la Cour constate tout d'abord que la requérante n'a pas provoqué de retard particulier, ce qui n'est pas contesté par le Gouvernement. Celui-ci excipe en revanche de la complexité de l'affaire. (…) Ce facteur ne saurait à lui seul justifier les délais mis par ces juridictions pour statuer. ***Relevant en particulier l'importance de la durée de la procédure devant le Conseil d'Etat***, s'agissant d'une seule instance, ***la Cour conclut à un manquement à la célérité des procédures imputable aux autorités internes.***"

Ces chiffres reflètent une sévérité qui n'est pas excessive en soit de la part de la CEDH, même s'il est évident que le grand encombrement de son propre prétoire va lui rendre impossible de s'appliquer à elle-même ses propres principes.
Le montant de la satisfaction équitable accordée au requérant en vertu de l'article 41 de la CEDH est fonction de la durée globale de la procédure et peut lui même tenir compte, comme circonstances atténuantes ou aggravantes, du comportement du requérant et de celui des autorités administrative et juridictionnelles.
Le Conseil d'État reprend les critères européens et reconnait le droit à un délai raisonnable, lorsque le litige rentre dans le champs d'application de l'article 6 § 1 ainsi que dans tous les cas des principes généraux qui gouvernent le fonctionnement des juridictions administrative[5].
Depuis 2002, il estime que *lorsque le droit des justiciables à ce que leur requête soit jugée dans un délai raisonnable est en cause, la responsabilité de l'État peut être engagée en l'absence de toute faute lourde*.

Conseil d'Etat Assemblée 28 juin 2002 Ministre de l'économie C/ Pierre Magiera :

"(...) dans tous les cas, des principes généraux qui gouvernent le fonctionnement des juridictions administratives, (...) les justiciables ont droit à ce que leurs requêtes soient jugées dans un délai raisonnable ;

Considérant que si la méconnaissance de cette obligation est sans incidence sur la validité de la décision juridictionnelle prise à l'issue de la procédure, les justiciables doivent néanmoins pouvoir en faire assurer le respect ; qu'ainsi lorsque la méconnaissance du droit à un délai raisonnable de jugement leur a causé un préjudice, ils peuvent obtenir la réparation du dommage ainsi causé par le fonctionnement défectueux du service public de la justice"

L'indemnisation pour faute simple, du préjudice résultant d'une procédure excessive devant les juridictions administrative répond aux exigences de l'article 13 CEDH imposant mise en œuvre d'un recours qui correspond au droit à être entendu dans un délai raisonnable.

Le respect d'un délai raisonnable ne doit pas se faire au mépris des principes qui gouvernent le jugement lui-même.

B/ Le procès équitable et les principes de jugement :

Le droit au procès équitable suppose un droit d'accès au tribunal, le respect du principe égalité des armes, l'indépendance et l'impartialité du juge, la publicité des débats, la motivation des jugements, plus le droit connexe à un recours effectif (application importante notamment en matière de droit d'asile prévu par le code de l'entrée et du séjour des Étrangers et du droit d'asile)
La CEDH a considéré que, faute d'avoir un effet suspensif de plein droit, le **référé liberté** prévu à l'article L 521-2 Code de Justice Administrative[6] ne possède pas le caractère d'un recours effectif au sens de l'article 13 CEDH

---

[5] "Considérant que le caractère raisonnable du délai de jugement d'une affaire doit s'apprécier de manière à la fois globale -compte tenu, notamment, de l'exercice des voies de recours- et concrète, en prenant en compte sa complexité, les conditions de déroulement de la procédure et, en particulier, le comportement des parties tout au long de celle-ci, mais aussi, dans la mesure où la juridiction saisie a connaissance de tels éléments, l'intérêt qu'il peut y avoir, pour l'une ou l'autre, compte tenu de sa situation particulière, des circonstances propres au litige et, le cas échéant, de sa nature même, à ce qu'il soit tranché rapidement" **CE Ass 28 juin 2002 Pierre Magiera**

[6] Article L521-2 (Loi du 30 juin 2000)
Saisi d'une demande en ce sens justifiée par l'urgence, le juge des référés peut ordonner toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale à laquelle une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public aurait porté, dans l'exercice d'un de ses pouvoirs, une atteinte grave et manifestement illégale. Le juge des référés se prononce dans un délai de quarante-huit heures.

CEDH 26 avril 2007 :

"39. Le requérant, qui soutient qu'il aurait été exposé à un risque de subir la torture ou des traitements inhumains ou dégradants en cas de renvoi en Erythrée, dénonce l'absence en droit interne d'un recours suspensif contre les décisions de refus d'admission sur le territoire et de réacheminement, que l'étranger concerné soit ou non demandeur d'asile et quels que soient les risques allégués et encourus. Il invoque les articles 13 et 3 de la Convention combinés, lesquels sont respectivement libellés comme il suit :
« Toute personne dont les droits et libertés reconnus dans la (...) Convention ont été violés, a droit à l'octroi d'un recours effectif devant une instance nationale, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles. »
« Nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants. »
60. Pour déposer une demande d'asile devant l'OFPRA, un étranger doit se trouver sur le territoire français. En conséquence, s'il se présente à la frontière, il ne peut déposer une telle demande que s'il lui est préalablement donné accès au territoire. S'il est démuni des documents requis à cet effet, il lui faut déposer une demande d'accès au territoire au titre de l'asile ; il est alors maintenu en « zone d'attente » durant le temps nécessaire à l'examen, par l'administration, du caractère « manifestement infondé » ou non de la demande d'asile qu'il entend déposer ; si l'administration juge la demande d'asile « manifestement infondée », elle rejette la demande d'accès au territoire de l'intéressé lequel est d'office « réacheminable » sans avoir eu la possibilité de saisir l'OFPRA de sa demande d'asile.
65. Depuis l'entrée en vigueur de la loi no 2000-597 du 30 juin 2000, ils ont également la possibilité de saisir le juge administratif d'une demande en « référé-suspension » (article L. 521-1 du code de justice administrative) ou en « référé-injonction » (dit aussi « référé-liberté » ; article L. 521-2 du même code). Cette seconde procédure – dont le requérant a vainement usé – permet au juge, lorsqu'il y a urgence d'ordonner « toutes mesures nécessaires à la sauvegarde d'une liberté fondamentale » à laquelle l'administration aurait porté « une atteinte grave et manifestement illégale ». Elle paraît tout particulièrement indiquée dans les cas dont il est présentement question, le Conseil d'Etat ayant jugé que le droit d'asile a le caractère d'une liberté fondamentale et a pour corollaire le droit de solliciter le statut de réfugié, lequel implique que l'étranger qui sollicite la reconnaissance de la qualité de réfugié soit en principe autorisé à demeurer sur le territoire jusqu'à ce qu'il ait été statué sur sa demande : saisi en référé d'un refus d'entrée opposé à un demandeur d'asile à la frontière au motif que la demande est « manifestement infondée », le juge a la compétence d'apprécier ce motif et peut notamment enjoindre l'administration d'admettre le requérant sur le territoire
Le juge des référés doit statuer dans les quarante-huit heures et, en principe, au terme d'une procédure contradictoire incluant une audience publique à laquelle les parties sont conviées, ce qui permet notamment à l'intéressé de présenter son cas directement au juge. L'appel est possible devant le Conseil d'Etat, lequel statue dans les quarante-huit heures.
Le demandeur d'asile à la frontière débouté a donc à sa disposition une procédure qui présente a priori des garanties sérieuses.
La Cour constate cependant que la saisine du juge des référés n'a pas d'effet suspensif de plein droit, de sorte que l'intéressé peut, en toute légalité, être réacheminé avant que le juge ait statué, ce que critique le Comité des Nations Unies contre la torture notamment
Compte tenu de l'importance que la Cour attache à l'article 3 de la Convention et de la nature irréversible du dommage susceptible d'être causé en cas de réalisation du risque de torture ou de mauvais traitements, cela vaut évidemment aussi dans le cas où un Etat partie décide de renvoyer un étranger vers un pays où il y a des motifs sérieux de croire qu'il courrait un risque de cette nature : l'article 13 exige que l'intéressé ait accès à un recours de plein droit suspensif.
67. La Cour en déduit en l'espèce que, n'ayant pas eu accès en « zone d'attente » à un recours de plein droit suspensif, le requérant n'a pas disposé d'un « recours effectif » pour faire valoir son grief tiré de l'article 3 de la Convention. Il y a donc eu violation de l'article 13 de la Convention combiné avec cette disposition."

S'agissant du droit d'accès à un tribunal, il a parfois fait l'objet de critiques de la CEDH :
L'accès du requérant au Conseil d'État pour contester de la légalité d'un décret portant classement d'un site n'avait pu être effectif en raison du manque de clarté de la procédure administrative et par suite l'impossibilité pour le requérant d'introduire sa requête dans le délai du RPEP, Suite affaire Chevrol de 2003 condamnant la pratique du renvoi préjudiciel au Ministère des Affaires Étrangères, le juge administratif a estimé que la décision par laquelle la CEDH avait condamné la France ne peut avoir pour effet de rouvrir la procédure juridictionnelle close par une décision du Conseil d'État et qui bénéficiait elle-même de l'autorité de la chose jugée **Conseil d'État 11 février 2004 Chevrol** :

"il ne résulte d'aucune stipulation de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et notamment de son article 46, non plus que d'aucune disposition de droit interne, que la décision du 13 février 2003 par laquelle la cour européenne des droits de l'homme a condamné la France puisse avoir pour effet de rouvrir la procédure juridictionnelle qui a été close par la décision du Conseil d'État du 9 avril 1999"

Se pose aussi le problème de savoir s'il peut exister des immunités juridictionnelles.
Au regard de la jurisprudence administrative française plusieurs hypothèses :

- Actes du gouvernement :
S'agissant de ces derniers, il n'existe pas d'immunité absolue, mais si *la légitimité du but poursuivi* ***et*** *la proportionnalité à ce but* sont avérées, des restrictions apportées au droit d'accès à un Tribunal sont possibles.
Ayant admis la responsabilité de l'État du fait de l'engagement international souscrit par lui le 30 mars 1966, le Conseil d'État a ouvert une brèche. Le 8 février 2007 il prononce la responsabilité de l'État français du seul fait de la violation de son engagement international par une loi française.

- Possibilité de contester les mesures d'ordre intérieur :
Avec l'arrêt « Marie » de 1995, le Conseil d'État ouvre largement une brèche qui permet de contester les mesure d'ordre intérieur.

Cette jurisprudence a été récemment confirmée : le Conseil d'État accepte d'élargir certaines mesures prises à l'intérieur du système pénitentiaire visant la vie des prisonniers et leurs conditions de détention.

- Égalité des armes :
Selon la jurisprudence administrative française, le caractère contradictoire de la procédure est un principe général du droit applicable à l'ensemble des juridictions administratives.
Cette notion se rapproche étroitement de celle de la CEDH.
Important car la procédure administrative contentieuse a un caractère inquisitorial et largement encore écrit (on peut néanmoins noter un progrès de l'oralité).
Les juridictions administrative françaises, sur la base de ces principes, veillent à ce que les communications, les délais de répliques, les modes d'établissement des preuves respectent l'égalité des armes entre les parties.

La CEDH a rappelé que les garanties du procès équitable impliquent, selon le principe du contradictoire, le droit d'être informé des conclusions de la partie adverse pour les discuter.
CEDH 18 octobre 2007 Asnar c/ France :

"24. Au pénal comme au civil, les garanties du procès équitable impliquent, selon le principe du contradictoire, le droit pour les parties au procès de prendre connaissance de toute pièce ou observation présentée au juge et de la discuter, le cas échéant

26. Certes, comme le souligne le Gouvernement, le droit à une procédure contradictoire ne revêt pas un caractère absolu, et son étendue peut varier en fonction notamment des spécificités des procédures en cause. Dans quelques affaires aux circonstances très particulières, en effet, la Cour a estimé que la non-communication d'une pièce de la procédure et l'impossibilité pour le requérant de la discuter n'avait pas porté atteinte à l'équité de la procédure, dans la mesure où elle a jugé que cette faculté n'aurait eu aucune incidence sur l'issue du litige et où la solution juridique retenue ne prêtait guère à discussion..."

- Respect des droits de la défense :
Il constitue un principe général du droit dégagé par la jurisprudence du Conseil d'État et qui s'applique devant les juridictions, tant administratives que pénales.
Le recours à ces principes en droit interne à pour effet d'exclure le fondement à l'article 6 de la CEDH.
Mais la jurisprudence a évolué et le Conseil d'État a visé directement l'article 6 § 1 sur plusieurs affaires, comme : **Conseil d'État Assemblée 18 mars 2005 M. Cesare Battisti** :
L'espèce concernait une procédure d'extradition décrétée en application d'une condamnation prononcée en Italie. Le Conseil d'État a examiné la procédure italienne de contumace selon laquelle M Batisti a été condamné en Italie, précisément au regard de l'article 6 de la CEDH :

"M. Cesare Y..., ressortissant italien, a été condamné, selon la procédure italienne de contumace (« contumacia »), à la réclusion criminelle à perpétuité"
(...) "Considérant que la circonstance que certaines des charges retenues contre M. Y..., et qui ont donné lieu aux condamnations précitées, reposent pour partie sur des déclarations de témoins « repentis », *n'est pas contraire à l'ordre public français et* ***ne constitue pas une méconnaissance, par les autorités italiennes, des stipulations de l'article 6 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales***"

- La non-communication des conclusions du commissaire du gouvernement trouve certains aménagements, pour satisfaire au principe de l'égalité des armes. Le Conseil d'État s'oppose en effet à ce que les parties aient connaissance de ces conclusions.
Mais la rigueur de cette solution a été atténuée :
Une directive interne du Président de la Section du Contentieux du Conseil d'État demande aux Commissaires du gouvernement de faire connaitre avant l'audience le *sens général* de leur conclusions aux avocats au Conseil qui en font la demande, mais aussi a toute partie même non-représentée.

- La pratique non-officielle de la **note en délibéré**, qui était un simple usage permettant aux avocat de compléter leur conclusions orales la note avant le délibéré, a vu son statut officialisé par le pouvoir réglementaire dans le cadre du code de justice administrative :

Article R731-3 (Décret du 1 août 2006)

Postérieurement au prononcé des conclusions du commissaire du Gouvernement, toute partie à l'instance peut adresser au président de la formation de jugement une note en délibéré.

Article R741-2 (Décret du 19 décembre 2005)
La décision mentionne que l'audience a été publique, sauf s'il a été fait application des dispositions de l'article L. 731-1. Dans ce dernier cas, il est mentionné que l'audience a eu lieu ou s'est poursuivie hors la présence du public.
Elle contient le nom des parties, l'analyse des conclusions et mémoires ainsi que les visas des dispositions législatives ou réglementaires dont elle fait application.
Mention y est faite que le rapporteur et le commissaire du gouvernement et, s'il y a lieu, les parties, leurs mandataires ou défenseurs ainsi que toute personne entendue sur décision du président en vertu du deuxième alinéa de l'article R. 731-3 ont été entendus.
Mention est également faite de la production d'une note en délibéré. (...)

- La publicité des débats :
L'article 6 § 1 pose ce principe, mais de façon non absolue.
Il constitue un principe général du droit, applicable même sans texte, devant les juridictions judiciaires, mais non devant les juridictions administratives.
La CEDH a estimé que le CE se trouvait en porte à faux à propos des formations disciplinaires des juridictions ordinales[7], : il avait été admis que les débats devaient être publics devant les juridictions sociales.
Fin 1990 admet que la règle, s'applique dès lors que l'art 6 par 1 est applicable (Cour Administrative et social et juridictions Universitaires).
Devant les juridictions Ordinales : Le décret de 1991 réglementant la profession d'avocat a été jugé incompatible avec cette règle en ce que les dispositions excluaient toute publicité des débats devant le bâtonnier en matière de contrat de travail.

La CEDH admet des exceptions à l'art 6 § 1 à certaines conditions.

- La motivation des jugements pose peu de problèmes : les jurisprudences de la CEDH et du Conseil d'État convergent : les jugements doivent être motivés. C'est-à-dire qu'ils doivent répondre en détail à chaque argument.

[7] Les juridictions qui se rapportent aux ordres professionnels